

## "Legislador negativo" na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*

Gabriel Nogueira Dias

**Resumo:** O presente artigo descreve as origens históricas e, sobretudo, o fundamento teórico do conceito de "*legislador negativo*" na obra de Hans Kelsen. Explora-se igualmente as limitações do conceito à luz do próprio estágio de desenvolvimento da Teoria Pura do Direito.

**Palavras-chave:** Legislador negativo. Hans Kelsen. Carl Schmitt. Heinrich Triepel. Corte Constitucional. Jurisdição constitucional. Pureza metodológica. Teoria da estrutura escalonada das normas. Teoria da democracia. Derrogação. Interpretação da norma. Teoria Pura do Direito.

**Sumário:** **1** Usos & costumes do conceito de "legislador negativo" na prática constitucional Brasileira - "eles dizem o que fazem, mas não fazem o que dizem?" - **2** Origem e fundamento do conceito de "legislador negativo" na obra de Hans Kelsen - **a)** *Locus communis*: a histórica polêmica entre Heinrich Triepel, Carl Schmitt e Hans Kelsen - **b)** *Locus specificus*: o centro teórico-gravitacional do "legislador negativo" na obra de Hans Kelsen - **i)** A pureza metodológica da ciência do direito (*Reinheit der Rechtswissenschaft*) - **ii)** A Teoria da Estrutura Escalonada das Normas (*Stufenbaulehre*) - **iii)** A teoria da Democracia (*Demokratiethorie*) - **3** Limitações teóricas do conceito de "legislador negativo" à luz do instrumentário teórico da própria Teoria Pura do Direito - **a)** *Déficit processual*: inexistência de uma Teoria da Estrutura Escalonada das Normas de acordo com o critério da Derrogação das Normas - **b)** *Déficit interpretativo*: inexistência de uma Teoria da Interpretação da Norma Jurídica - **4** Conclusão - Referências

### **1 Usos & costumes do conceito de "legislador negativo" na prática constitucional Brasileira - "eles dizem o que fazem, mas não fazem o que dizem?"**

Uma das famosas anedotas envolvendo o físico dinamarquês Niels Bohr<sup>1</sup> conta que, certa vez, ao receber em sua cabana de inverno um velho amigo, viu-se frente a uma inesperada e provocativa indagação. O amigo, após ter lançado um olhar sobre o batente superior da porta de entrada e ali avistado uma já meio carcomida "ferradura da sorte", disparou intrigado: "Ferraduras da sorte? Você acredita nelas, Niels?". O notável cientista, com seu elevado bom humor e apurada perspicácia, não titubeou na resposta: "De fato, eu não acredito em ferraduras da sorte. Quem me presenteou com o objeto garantiu-me, porém, que elas funcionam, ainda que nós não acreditemos nelas...".<sup>2</sup>

Uma visão atenta sobre o conceito "legislador negativo" (no original em língua alemã: *der negative Gesetzgeber*) através das lentes portadas pela prática constitucional brasileira, notadamente aquela cristalizada em nosso ordenamento através do rotineiro trabalho decisório do Supremo Tribunal Federal, parece poder guardar alguma semelhança com a resposta de Bohr sobre ferraduras da sorte: o conceito desenvolvido originalmente pelo talvez maior teórico do direito do século XX, Hans Kelsen,<sup>3</sup> surge *pendurado* (*rectius*: citado) em extenso rol de decisões exaradas pelo pretório excelso mesmo que, no fundo, no fundo, - ao que se extrai tanto do conteúdo quanto da construção das decisões - nem mesmo ele pareça muito acreditar no seu significado e

verdadeiros poderes.

Com efeito - e talvez na certeza de que os poderes do conceito funcionem a despeito da confiança nele verdadeiramente depositada -, o exame dos *usos & costumes* contidos nas decisões da eminente Corte Constitucional pátria aponta, pois, para uma corrente longa e dominante, que invariavelmente afirma com severidade:

Como se sabe, o controle normativo abstrato *qualifica-se* como instrumento de preservação da integridade jurídica da ordem *constitucional vigente*.

A *ação direta*, enquanto instrumento formal viabilizador do controle abstrato, *traduz* um dos mecanismos mais expressivos de *defesa objetiva* da Constituição e de preservação da *ordem normativa* nela consubstanciada. A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de *típica* função política ou de governo, no processo de verificação, *em abstrato*, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República.

O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, *transforma*, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro *legislador negativo* (RTJ 126/48, Rel. Min. Moreira Alves - RTJ 153/765, Rel. Min. Celso de Mello - ADI 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello). *É que* a decisão emanada desta Corte - ao declarar, *in abstracto*, a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual - *importa em eliminação* dos atos estatais *eivados* de inconstitucionalidade (RTJ 146/461-462, Rel. Min. Celso de Mello), *os quais* vêm a ser excluídos, *por efeito* desse mesmo pronunciamento jurisdicional, do próprio sistema de direito positivo ao qual se achavam, até então, formalmente incorporados (RTJ 161/739-740, Rel. Min. Celso de Mello).

Esse entendimento - que *tem* suporte em autorizado magistério doutrinário (Celso Ribeiro Bastos, "*Curso de Direito Constitucional*", p. 326, item n. 4, 11. ed., 1989, Saraiva; Alexandre de Moraes, "*Direito Constitucional*", p. 614, item n. 10.9, 10. ed., 2001, Atlas, *v.g.*), e que se reflete, por igual, na orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (RT 631/227) - *permite* qualificar, o Supremo Tribunal Federal, como *órgão de defesa da Constituição*, *seja* relativamente ao legislador, *seja*, ainda, em face das *demais* instituições estatais, *pois* a Corte, *ao agir* nessa específica condição institucional, *desempenha* o relevantíssimo papel de "órgão de garantia da hierarquia normativa da ordem constitucional" (J. J. Gomes Canotilho, "*Direito Constitucional*", p. 809, 4. ed., 1987, Almedina, Coimbra).

*Torna-se necessário* enfatizar, no entanto, que a *jurisprudência* firmada pelo Supremo Tribunal Federal - *tratando-se* de fiscalização *abstrata* de constitucionalidade - *apenas* admite como objeto idôneo de controle concentrado as leis e os atos normativos, que, emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, tenham sido editados sob a égide de texto constitucional *ainda vigente*.

O controle por via de ação, por isso mesmo, mostra-se *indiferente* a ordens normativas inscritas em textos constitucionais *já revogados*, ou que tenham sofrido *alterações substanciais* por efeito de *superveniente* promulgação de emendas à Constituição.

*É por essa razão que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte tem advertido que o controle concentrado de constitucionalidade reveste-se de um só e único objetivo: o de julgar, em tese, a validade de determinado ato estatal contestado em face do ordenamento constitucional, ainda em regime de vigência, pois - conforme já enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 145/339) -, o julgamento da argüição de inconstitucionalidade, quando deduzida, in abstracto, não deve considerar, para efeito do contraste que lhe é inerente, a existência de paradigma revestido de valor meramente histórico.*<sup>4</sup>

Na qualidade de "legislador negativo", o Supremo Tribunal Federal assumiria, destarte, a função de, por assim dizer, *minimalista jardineiro fiel* do ordenamento jurídico pátrio, pronto a eliminar (rectius: derrogar ou cassar), em sede do controle abstrato, eventuais ervas daninhas surgidas no campo constitucional, o qual, porém, *a priori* e em definitivo, já teria sido semeado - bem ou mal - através das palavras do legislador constitucional competente.

Doutra senda, dentro do próprio Supremo apercebe-se - através de ligeiros adendos ao discurso maior acima exposto ou mesmo por meio de escancarados pronunciamentos - uma rejeição direta a papel tão restrito à Excelsa Corte. Por desejo, imposição normativa do texto constitucional contemporâneo - ou, quem sabe, uma intuição de que ferraduras da sorte não funcionam de modo algum -, observa-se, aqui e acolá, claras preleções com vistas a elevar o papel da Corte Constitucional a um patamar mais substantivo, o qual lhe permitiria adentrar a terras dantes proibidas.

Assim é que, em versão mais *soft*, mas trazendo ao centro da discussão o intrincado problema do trabalho de seleção e atribuição de significado ao texto constitucional pelo próprio Supremo, assevera-se:

O STF como Legislador Negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, *substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.*<sup>5</sup>

Complementarmente, mas aqui de forma rompedora - e quase que como chamamento da excelsa Corte a assumir vocação mandatária - dispara-se igualmente contra o conceito de legislador negativo de Hans Kelsen, agora acidamente alcunhado de "vetusto":

Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de

nulidade. *Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade, é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do "legislador negativo". (...) Assim, além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal. No Brasil, há muito vem a doutrina ressaltando as limitações da simples pronúncia da nulidade ou da mera cassação da lei para solver todos os problemas relacionados à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Não são poucos os que apontam a insuficiência ou a inadequação da declaração de nulidade da lei para superar algumas situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia e da chamada inconstitucionalidade por omissão. Esse problema revela-se tanto mais sério se se considera que, satisfeitas as principais exigências constitucionais dirigidas ao legislador, passará a assumir relevo a chamada omissão parcial, decorrente da execução defeituosa do dever constitucional de legislar. É certo, outrossim, que, muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica.*<sup>6</sup>

*In nuce*: se o conceito de "legislador negativo" ainda vem sendo invariavelmente sacado da cartola pelo STF para, em sede de controle abstrato, fundamentar a extinção ou improvemento de uma série *non negligenciabile* de ações diretas de inconstitucionalidade, ocorre que, não raro, o mesmo conceito recebe disparos diretos e veementes de insatisfação e repulsa por parte de membros do próprio órgão julgador. Avizinha ruptura conceitual ou insatisfação individualizável e passageira (?), fato é que a presente panorâmica pode levar o leitor mais desavisado à impertinência de querer trazer para o divã difíceis indagações sobre os reais contornos da atividade jurisdicional exercida pelo Pretório Excelso: será que "eles dizem o que fazem, mas não fazem o que dizem?"

Desprovido de água benta, seria mesmo pretensão demasiada do presente artigo desejar adentrar à discussão - quanto mais ao ensaio de uma resposta! - a tal sorte de questionamentos.<sup>7</sup> A contribuição pretendida à clarificação do tema *negativer Gesetzgeber* é menor ou, como diriam os mais gentis, mais humilde e diferenciada. Seja lá como for, o que se pretende mesmo é dar um passo atrás e, através de uma análise histórico-analítica acerca do surgimento, fundamentação e limites teóricos desse conceito à luz da própria Teoria Pura do Direito (no estágio de desenvolvimento deixado por Kelsen), contribuir para encerrar críticas - talvez não tão justas diga-se *en passant* - ao trabalho de Hans Kelsen, colocando, por outro lado, a desnudo as reais origens de eventuais fragilidades contidas neste elemento da *Reine Rechtslehre*.

Nesse contexto, o presente *paper* resta dividido em duas grandes partes, antes das Conclusões (parte 4). De um lado, no item 2, trata-se de lidar com a origem e fundamento do conceito de "legislador negativo" na obra de Hans Kelsen, o que se faz, não só a partir da descrição detalhada

do seu surgimento a partir de vívida polêmica havida na década de 20 do século passado com Heinrich Triepel e Carl Schmitt (item 2.a), mas, sobretudo, a partir de uma descrição dos centrais instrumentos da Teoria Geral do Direito desenvolvida por Kelsen que contribuíram - ou talvez o obrigaram - à proposição do conceito de legislador negativo (item 2.b).

De outro lado, adotada uma perspectiva analítica e intrasistêmica, *i.e.* uma análise a partir dos fundamentos contidos na obra do próprio Kelsen, passa-se ao ainda que breve exame das limitações teóricas do conceito de "legislador negativo" haja vista, igualmente, o arcabouço estrutural da própria Teoria Pura do Direito (item 3). Dito doutro modo: investigar-se-á se a chamada *Reine Rechtslehre* - no estágio de desenvolvimento, repita-se, deixado por Hans Kelsen - seria capaz de lidar com todos os questionamentos surgidos na esteira da proposição do seu conceito de "legislador negativo".

## 2 Origem e fundamento do conceito de "legislador negativo" na obra de Hans Kelsen

### a) *Locus communis*: a histórica polêmica entre Heinrich Triepel, Carl Schmitt e Hans Kelsen

Embora a discussão sobre o exercício da jurisdição constitucional tenha surgido sobretudo no século XIX, com o advento das monarquias constitucionais,<sup>8</sup> lugar comum ao esclarecimento - ou ao menos para a localização histórica - do conceito de "legislador negativo" na obra de Hans Kelsen resta indubitavelmente ligado à descrição da intensa polêmica havida - ao final da década de 20 do século passado - sobre o conhecido tema entre o jurista austríaco e seus contendores Heinrich Triepel e, em especial, Carl Schmitt.<sup>9</sup>

A controvérsia, iniciada formalmente em 1928 durante o importante *Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer*<sup>10</sup> e estendida em diferentes oportunidades até por volta de 1932, deriva, mais precisamente, da discussão proposta sobre quem deveria ser o chamado *Hüter der Verfassung* (Guardião da Constituição). A pergunta sobre o Guardião da Constituição apresenta-se naquele momento histórico como de particular - e peculiar - interesse, na medida em sua resposta enseja tanto a discussão, de natureza mais jurídico-legislativa, sobre a existência e necessidade técnica de uma jurisdição constitucional dentro de um ordenamento jurídico, quanto a natural pergunta, de natureza mais político-constitucional, sobre *quis custodiet ipsos custodes?*<sup>11</sup> (quem vigia o vigilante?).

Neste contexto, Heinrich Triepel,<sup>12</sup> como representante, por assim dizer, da escola mais tradicional do Direito Constitucional na Alemanha, apresenta uma posição bastante ambivalente a respeito da existência e contornos de uma jurisdição constitucional e de seu titular. Isto porque embora Triepel não se mostre completamente contrário à existência de uma jurisdição em âmbito constitucional, afirma que apenas se sentiria confortável para encampar a sua defesa na qualidade de *Staatsrechtler*, sendo-lhe mandatário negar a sua implementação quando no uso do chapéu de *Staatsrechtler*.

Calcado (ou talvez melhor colocado: *aprisionado*) em uma clara dicotomia entre Estado e Direito e profundamente arraigado ao pensamento de Hegel, aponta Triepel para a pertinência da adoção de

uma jurisdição em âmbito constitucional quando analisada a questão do ponto de vista funcional do Direito, ao mesmo tempo em que afirma, porém, quando dissecado o problema a partir do Estado, que tal controle não lhe pareceria oportuno e sequer legítimo. Em verdade, para Heinrich Triepel, um controle da Constituição por um órgão judicial se apresentaria, neste particular, como contraditório, na medida em que representaria uma intromissão indevida do Direito no âmbito da política, tão própria e geneticamente inerente às coisas do Estado.

O caráter ainda ambivalente adotado na manifestação de Triepel colide frontalmente com a firme e extremamente crítica posição de Carl Schmitt<sup>13</sup> sobre o tema. Para Schmitt o conceito de *Hüter der Verfassung* corporifica caráter eminentemente Político. Não versa, por conseguinte, sobre um conceito jurídico, mas acerca da guarda da "Democracia" e da soberana e homogênea unidade do Povo (*Einheit des Volkes*), ou melhor, da Nação.

Carl Schmitt, porém, despeja mais azeite na candeia e vai além. Coerente à sua visão de que o *Reichstag* (parlamento alemão), haja vista sua formação a base de um pluralismo partidário, seria uma mal-criada "criança do liberalismo" (*Kind des Liberalismus*) e, por definição, incapaz de personificar com acuracidade a ideia de Democracia e unidade da Nação, afirma o autor alemão que o único guardião possível da Constituição seria o *Reichspräsident*. Somente ele, na qualidade de poder neutro (*die neutrale Gewalt*) em um Estado dominado pelo pluralismo partidário,<sup>14</sup> seria capaz de assumir corporificar tal função.

*In puncto Verfassungsgerichtsbarkeit*, traz Schmitt linhas finais ao seu raciocínio para afirmar, então, que qualquer tentativa de alçar o Poder Judiciário à qualidade de guardião, de protetor da Constituição significa não a criação de uma jurisdição constitucional, mas sim de uma indevida politização da Justiça.<sup>15</sup>

A despeito de toda autoridade intelectual - e para além dela, em especial naquele momento histórico - <sup>16</sup> reservada a Carl Schmitt, refuta Hans Kelsen qualquer argumento de autoridade e não lhe atribui caráter de *Roma locuta, causa finita*. Muito ao contrário, através de uma sequência de escritos,<sup>17</sup> Kelsen assenta seu pensamento sobre o tema em lugar diametralmente oposto ao escolhido por Triepel e Schmitt e atribui à Corte Constitucional caráter de genuíno Guardião da Constituição.

Com efeito, em busca de uma abordagem jurídico-funcional e não política para a contenda, a Constituição para Kelsen deve ser vista juridicamente como a corporificação da unidade do Estado, na medida em que estabeleceria *par excellence* as regras, segundo as quais as outras normas do ordenamento jurídico devem ser produzidas. O exercício pela Corte Constitucional da *guarda*, da *proteção* da Constituição não quer, por conseguinte, significar a introdução de elementos políticos na função jurisdicional, mas sim a proteção da mesma frente a fugazes tentativas de mudança.

O exercício da jurisdição constitucional pela Corte Suprema não seria uma substituição às regras previamente definidas, mas sim a sua proteção, o qual se materializaria para Hans Kelsen, notadamente, através do controle abstrato de normas, o qual, por sua vez, no seu exercício, longe de se substituir ao legislador constitucional, assumiria uma função cassatória de modo a derrogar toda e qualquer norma que não se apresente em consonância com as regras previamente definidas na constituição. Eis o surgimento do conceito de "legislador negativo"<sup>18</sup> (*der negative Gesetzgeber*).

## **b) *Locus specificus*: o centro teórico-gravitacional do "legislador negativo" na obra de Hans Kelsen**

Terminado este movimento digressivo, parece-nos importante agora apontar à natureza mais específica da resposta elaborada por Hans Kelsen à pergunta sobre o Guardião da Constituição. Isto porque, longe de se apresentar como um caso de mera preferência pessoal ou ideológica, abrindo ao leitor a possibilidade de um sentimento de possível partidarização ou liberalidade irracional, a resposta proposta por Kelsen ao tema *Hüter der Verfassung*, em particular com a adoção da fórmula do "legislador negativo", encerra, em verdade, um movimento dedutivo quase que obrigatório para o jurista austríaco vis-à-vis ao menos três centrais pilares da *Reine Rechtslehre*.

### **i) A pureza metodológica da ciência do direito (*Reinheit der Rechtswissenschaft*)**

A pedra fundamental para o entendimento dos exatos contornos da resposta kelseniana ao tema da jurisdição constitucional resta plasmada no mais importante elemento metodológico do positivismo jurídico adotado por Hans Kelsen,<sup>19</sup> a saber: a pureza<sup>20</sup> metodológica como garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma. Trata-se de perene tese na obra de Kelsen, a qual, de modo mais detalhado, deixa-se explicar a partir de três centrais dimensões.

Primeiramente, trata-se de entendê-la como um "projeto de limpeza" em relação especificamente à ciência do direito, ou seja, ao processo de conhecimento do direito, e de modo algum ao direito no momento de sua criação social. Em nenhuma parte da obra de Hans Kelsen se verificará alguma tentativa de purificar o direito. Isso iria contra seu próprio ponto de vista, na medida em que ele professa sua fé na origem empiricamente comprovável da norma jurídica<sup>21</sup> e admite, portanto, que noções religiosas, fatores psíquicos, ideologias etc., evidentemente influenciam e motivam o ato de vontade do legislador.<sup>22</sup> O objeto da pureza é exclusivamente o conhecimento do direito, isto é, o trabalho de conhecimento jurídico-científico em relação às normas geradas pelos seres humanos num ordenamento jurídico. Não se trata, portanto, da pureza do direito, mas da "pureza do método",<sup>23</sup> ou seja, uma pureza do conhecimento do direito.

Quanto à sua significação, é de mister apreender ainda que Kelsen, em geral, atribui à "pureza" o caráter de "objetividade e exatidão",<sup>24</sup> o que também vai contra todo tipo de conhecimento do direito com viés ideológico. Uma pura (*reine*) teoria do direito (*Rechtslehre*) contém "nesse sentido [...] uma nítida tendência anti-ideológica. Ela confirma essa tendência ao apresentar o direito positivo livre de qualquer mistura com um direito 'ideal' ou 'correto' [...] e se nega a julgar o direito positivo".<sup>25</sup> No curso de sua empreitada de purificação metodológica, Kelsen combate, pois, sobretudo, a mistura de princípios epistemológicos (geralmente carregada de intenções ideológicas), criticadas por ele sob a acusação de *sincretismo* na ciência do direito. Exatamente quanto a essa forma de abordagem tenta Kelsen incessantemente se divorciar no desenvolvimento de sua ciência do direito, a qual passa a se concentrar apenas nas normas do ordenamento jurídico.<sup>26</sup>

Finalmente, a "tese da pureza" de Kelsen deve ser entendida no que tange ao seu objetivo de

atribuir à ciência do direito um caráter necessariamente *descritivo*. A pureza da ciência do direito no sentido de objetividade, exatidão, ausência de valoração, liberdade ideológica etc., apenas alcança seu objetivo ao se limitar a uma postura descritiva diante do objeto a ser conhecido - as normas positivas do ordenamento jurídico. A ciência do direito pura estaria obrigada a nada mais do que apreender a norma jurídica e expor a estrutura da mesma.<sup>27</sup>

Apresentados os contornos desde pilar do pensamento kelseniano, restam claros os motivos pelos quais Kelsen se apresenta como negação total à posição de Carl Schmitt e Heinrich Triepel acerca do tema *Hüter der Verfassung*. Enquanto Triepel e Schmitt iniciam seu pensamento a partir de uma diferenciação entre Estado e Direito, e buscam trazer um elemento externo (a figura do *Reichspräsident*) para dentro da discussão, o purificado Kelsen se lança ao tratamento do tema a partir justamente da união - completamente desprovida de qualquer politização ou mitologização, diga-se de passagem - entre estes dois elementos. O Estado, *in abstracto*, identifica-se com o próprio ordenamento jurídico (Direito), nem mais, nem menos.

Responder à questão da jurisdição constitucional para Kelsen torna-se, por conseguinte, descrevê-la a partir de categorias e funções inerentes ao conjunto de normas que constitui esta ordem. Como se vê, a atribuição da função de Guardião da Carta Magna à Corte Constitucional representa para o autor austríaco, mais do que uma escolha subjetiva, obrigatória opção por apreender o fenômeno do controle de normas a partir de categorias próprias ao próprio ordenamento jurídico, sem o - impuro - recurso a elementos exteriores ao sistema.

## ii) A Teoria da Estrutura Escalonada das Normas (*Stufenbaulehre*)

O segundo elemento fundamental ao entendimento da posição de Hans Kelsen sobre o tema *Verfassungsgerichtsbarkeit* e do "legislador negativo" consubstancia-se na incorporação em sua obra da chamada "Teoria da Estrutura Escalonada das Normas" (ou *Stufenbaulehre*).

Ao contrário do que comumente se imagina, nem sempre Kelsen adotou uma visão *dinâmica* do direito.<sup>28</sup> Em realidade, foi o não menos brilhante Adolf Julius Merkl quem mostrou a Kelsen pela primeira vez que uma concepção puramente estática do direito não seria adequada (ou suficiente) para descrever com precisão todos os fenômenos jurídicos do ordenamento jurídico, sobretudo os atos de criação do direito.<sup>29</sup>

Nessa toada, Merkl apresenta a Hans Kelsen uma teoria que tem por objetivo não simplesmente firmar uma classificação hierárquica das normas jurídicas de um ordenamento jurídico - o que, por certo, remontaria certamente à Antiguidade e à Idade Média, por exemplo, à hierarquia entre *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex positiva*.<sup>30</sup> Supondo-se que o direito positivo regula sua própria criação, trata-se, outrossim, do desenvolvimento de um instrumentário para uma análise mais profunda da relação de criação entre os diversos níveis normativos dos ordenamentos jurídicos.

Adolf Merkl oferece, pois, à Teoria Pura do Direito uma visão de que - com duas exceções - cada etapa da aplicação do direito comporta uma "face dupla",<sup>31</sup> de que ela é um ato "condicionado" e "condicionante". *Ato condicionado* porque e na medida em que o *ato de aplicação do direito*



depende da norma abstrata de nível imediatamente superior a ser aplicada para produzir direito num outro nível de concretização jurídica. Sem o conhecimento do preceito normativo que, por ser mais abstrato, precede imediatamente o nível em questão, o novo *ato de criação do direito* não pode ocorrer. Ele tem início na *lei*, cuja promulgação não pode ocorrer sem que o legislador cumpra as determinações da Constituição, e passa pelo decreto e pelo ato administrativo, para a instauração dos quais o Executivo tem que satisfazer as condições de criação do direito estabelecidas essencialmente na lei, até chegar ao ato executivo, cuja criação jurídica depende, sobretudo, da sentença a ser executada.

À luz desta engrenagem, a única exceção na cadeia de atos jurídicos *condicionados* é a *Constituição*, a qual, como ponto de partida normativo, deve ser vista como "um nível de criação absoluta do direito"<sup>32</sup> e, por conseguinte, como o ápice da pirâmide. A Constituição não surge condicionada por outra norma; por isso Merkl lhe atribui a função *estática* que possibilitaria a *dinâmica* dos atos de criação do direito, os quais, sem isso, desagregar-se-iam numa série desconexa.<sup>33</sup> Por conseguinte, todo *ato de aplicação do direito* é um *ato condicionante*, porque e na medida em que a norma jurídica promulgada condicionará a criação de outra, mais concreta e de nível inferior. Em outras palavras: a norma condicionada do ordenamento jurídico torna-se ela mesma o ponto de partida para o surgimento da subsequente *positivação do direito*.

Seguindo o esquema ora esboçado, a cadeia se inicia com a norma constitucional, que condiciona o surgimento da lei etc., e se estende até a decisão concreta de um caso isolado, seja ela de natureza executiva (ato administrativo) ou judiciária (decisão judicial). A única exceção nessa cadeia de atos jurídicos *condicionantes* é, por sua vez, o *ato de execução judicial*, na medida em que esse, e apenas esse, ato jurídico não condiciona nenhuma outra norma. Esse ato é - como ato condicionado e não mais condicionante - o último elo da cadeia normativa e pode, por conseguinte, ser caracterizado como a "etapa de aplicação absoluta do direito".<sup>34</sup>

Se a natureza "bicéfala" da aplicação do direito for reconhecida como sucessão de atos *condicionantes* e *condicionados*; e se a *Constituição* e os últimos *atos de execução judicial* forem visualizados nos extremos fundamentalmente diferentes do ordenamento jurídico normativo, então, torna-se possível conceber este último como uma hierarquia organizada em vários patamares. A consequência disso é que - abstração feita da Constituição e do último ato de execução judicial - nenhum nível normativo do sistema jurídico surge isolado, mas tipicamente como um complexo de três níveis. O nível visado apresenta-se flanqueado, de um lado, por um nível anterior que contém as condições de criação para o primeiro nível e, do outro lado, por um nível posterior, cujas condições de criação são formuladas justamente pelo primeiro nível.<sup>35</sup>

O fato de que todo ato de aplicação do direito - seja pelo parlamento ou pelo governo, seja por um órgão administrativo ou um tribunal - gera um novo patamar no processo da concretização do direito, o qual por sua vez remete a outro etc., e de que - mais precisamente - a *aplicação* do direito inclui ao mesmo tempo a *positivação* do direito, deixa, pois, evidente que uma teoria geral do direito não pode se dar por satisfeita com uma visão estática do sistema jurídico que pode ser estruturada de forma "bidimensional" segundo o esquema "plano da obrigação legal e outros fenômenos jurídicos infralegais". No seu lugar - ou mais exatamente ao seu lado - surge uma visão dinâmica do direito que possibilita, no seu modo de apresentação "tridimensional",<sup>36</sup> o

conhecimento e a representação do momento da criação da norma jurídica.

Compreendidos em apertada síntese os contornos da *Stufenbaulehre de Merkl*, recepcionados integralmente na Teoria Pura do Direito a partir de 1920, torna-se evidente a razão pela qual Hans Kelsen patrocina o entendimento de que a Corte Constitucional - como órgão funcionalmente controlador da consonância das normas inferiores com o degrau de "criação absoluta do direito", *i.e.* a Carta Magna - deve prescindir de criar nova norma, *i.e.*, novos requisitos condicionantes à criação de normas inferiores, cingindo-se à função derogatória ou meramente cassatória de normas em desacordo com a Constituição Federal.

Dizer o contrário seria atribuir ao pretório excelso não a função de *Hüter*, de "Guardião" do patamar condicionante absoluto do ordenamento jurídico, *i.e.* da Constituição Federal, mas sim o papel de eventual *criador*, em patamar acima das próprias normas constitucionais. Com efeito, a necessária atribuição desta função minimalista à Corte Constitucional, *i.e.* de atuar tão somente como *negativer Gesetzgeber*, restringindo-se apenas ao exame da eventual dissonância entre uma norma inferior (*condicionada e, na sequência, condicionante*) e a Constituição Federal (norma absolutamente *condicionante*), surge, como se observa, não como proposta ou desejo pessoal de Hans Kelsen, mas sim na esteira de uma consequente aplicação e apreensão do Direito a partir da *Stufenbaulehre* incorporada integralmente no seio da *Reine Rechtslehre* a partir de 1920 como forma de descrição do Direito no seu aspecto dinâmico de criação normativa.

### iii) A teoria da Democracia (*Demokratiethorie*)

Como se bem sabe, sobretudo através de escritos desenvolvidos entre 1920 e 1937, bem como, já durante a sua estada nos Estados Unidos da América, na década de 50,<sup>37</sup> Hans Kelsen se propõe ao longo do tempo somado de quase duas décadas a analisar os contornos do tema da Democracia, bem como sua relação com temas como funcionamento do Estado e a liberdade científica. Aqui, longe de se querer exaurir o tema da Democracia, cumpre tão somente chamar rapidamente atenção para a sua íntima relação com o tema do "legislador negativo", jurisdição constitucional ou Guardião da Constituição na obra de Hans Kelsen.

Indo direto ao ponto, segundo a perspectiva de Kelsen sobre Democracia tem-se - na esteira do pensamento liberal, ligeiramente distante da tradição grega<sup>38</sup> - um claro privilégio da chamada *eleuthería* (liberdade) em relação à *isonomía* (direitos iguais). A Constituição, ao estabelecer as regras primárias, a partir das quais as demais normas se deixam criar e, ao mesmo tempo, ao normatizar a divisão entre poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e garantias dos indivíduos, deve ser vista como criadora de uma certa "legitimação pelo procedimento" (*Legitimation durch Verfahren*), a qual protege a liberdade dos indivíduos, sobretudo, em relação a tentativas de dominação pela maioria e dispõe prévia e formalmente sobre o balanceamento de poderes dentro do Estado (ou ordenamento jurídico).

Nesse contexto, resta evidente que a defesa do exercício da jurisdição constitucional por uma Corte Constitucional - e não pelo chamado *Reichspräsident*, como propunha Carl Schmitt -, bem como a adoção do conceito de "legislador *negativo*", como minimalista derogador (ou cassador) de normas em desacordo com o grupo de regras previamente definido, não significa violação à ordem político-

democrática existente, mas uma fórmula funcional que justamente se presta a proteger e garantir a liberdade dos indivíduos, além preservar uma separação e divisão de poderes previamente definida no texto constitucional, e que garantiria um balanceamento funcional do Estado.

Dito de outro modo: ao "judicializar" o controle constitucional e o manter funcionalmente restrito a uma função de controle claramente limitada à manutenção de regras do jogo predefinidas (figura do "legislador negativo"), Kelsen busca justamente "despolitizar" o tema e, ao mesmo tempo, "garantir" a liberdade dos indivíduos e o equilíbrio na divisão de poderes, independentemente da vontade de uma maioria política que, em um determinado momento histórico, possa vir a tomar o poder. A fórmula buscada por Kelsen apresenta-se como funcional para a garantia da Democracia, sem, porém, enveredar-se pelo caminho da politização da ciência jurídica.

### **3 Limitações teóricas do conceito de "legislador negativo" à luz do instrumentário teórico da própria Teoria Pura do Direito**

Feitos os precedentes esclarecimentos acerca da origem e fundamento do conceito de "legislador negativo" na Teoria Pura do Direito, a esta altura o leitor talvez já se sinta mais familiarizado com o significado de "ferraduras da sorte", ainda que continue a desconfiar dos seus reais poderes. Na verdade, as desconfianças e críticas atreladas ao uso do conceito de "legislador negativo" não são poucas e, em grande medida, justificadas à luz de uma perene insistência do aplicador maior do direito constitucional em utilizá-la e, em outras circunstâncias, rejeitá-la, sem, contudo, nunca realmente clarificar seus contornos e entendimento sobre o tema.

Com efeito, por puro didatismo e facilidade, permitimo-nos dividir as possíveis críticas<sup>39</sup> em dois grandes grupos:

- a) *déficit processual*: fórmula do "legislador negativo" ignoraria o vasto arsenal sentenciador detido na atualidade pelo Supremo Tribunal Federal, o qual não estaria mais restrito à mera cassação de normas tidas por inconstitucionais;
- b) *déficit interpretativo*: fórmula do "legislador negativo" ignoraria que qualquer aplicação normativa implica em interpretação textual e atribuição prévia de significado ao mesmo. Logo, sem uma teoria da interpretação corre-se o risco de tornar o conceito funcional minimalista desenvolvido por Hans Kelsen de "legislador negativo" uma verdadeira *quimera*;

Novamente dentro dos limites do presente artigo, a intenção não é a de esmiuçar cada um dos pontos acima, mas sim a de demonstrar como os mesmos se encontram, em verdade, diretamente relacionados não a erros conceituais de Hans Kelsen, mas sobretudo à inexistência, à lacuna mesmo de desenvolvimentos fundamentais na obra do jurista austríaco. Dito de outro modo, a fórmula do "legislador negativo" se deixa criticar menos por que se tenha certeza de que ela não funciona como conceito pertinente a uma Teoria Geral do Direito, e mais pelo fato de que o funcionamento de seus reais poderes ainda parece dependente de severos aprofundamentos conceituais não realizados por Hans Kelsen durante o desenvolvimento da *Reine Rechtslehre*.

#### **a) Déficit processual: inexistência de uma Teoria da Estrutura Escalonada das Normas de**

## acordo com o critério da Derrogação das Normas

A primeira crítica - mencionada, por exemplo, à luz de sentenças aditivas e substitutivas do Supremo Tribunal Federal, as quais visam completar ou de alguma forma substituir enunciado legislativo - prega aos quatro cantos que o caráter eminentemente cassatório ou derogatório proposto por Kelsen em sede do conceito de "legislador negativo" - o qual, como se sabe, ensejaria o binômio constitucionalidade/nulidade - seria incapaz de apreendê-las. Reclama-se, pois, imprestabilidade e/ou insuficiência ao conceito kelseniano.

Aqui, porém, mais do que tentar responder à crítica é preciso trazer ao conhecimento que Kelsen, de fato, desenvolve toda a sua descrição a partir de uma teoria escalonada das normas que coloca como conceito central a produção de normas e não a sua cassação ou derrogação. Ou seja, Kelsen não possui uma *Stufenbaulehre* de acordo com a força derogatória das normas,<sup>40</sup> o que limita, de fato, em muito a possibilidade de apreensão dos fenômenos decisórios emanados pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo à luz do texto constitucional vigente.

Tivesse Kelsen ou Merkl desenvolvido uma descrição do ordenamento jurídico a partir do fenômeno da força invalidatória contida no ordenamento jurídico, muito provavelmente muitas destas dificuldades desapareceriam, na medida em que passariam ao centro de suas reflexões justamente o critério de invalidação normativa e não o de criação propriamente dita.<sup>41</sup>

## b) Déficit interpretativo: inexistência de uma Teoria da Interpretação da Norma Jurídica

A segunda crítica possível à teoria Kelseniana e - confesse-se - de natureza ainda mais aguda, versa sobre a utilização da fórmula do "legislador negativo" para se "esconder" verdadeira e inevitável tarefa interpretativa da Corte Constitucional, a qual, ao manipular o texto constitucional *in abstracto* para aplicação ao caso concreto, estaria indo muito além de uma tarefa minimalista de verificação formal de requisitos de validade da norma à luz da Carta Magna para, então, proceder a sua pontual cassação (*rectius*: derrogação). Se é verdade que *we are under a Constitution, but the constitution is what the judges say it is*,<sup>42</sup> o recurso ao conceito de "legislador negativo" abrigaria reconditamente sob o seu véu da mera cassação de normas uma atividade muito mais engenhosa e importante do *Hüter de Verfassung*, a saber, de figurar como verdadeiro criador originário de normas, muitas vezes indo bem além dos limites previamente definidos pelo legislador constitucional e com requintes de infalibilidade, seja pela sua competência técnica, seja porque, como diria o representante da U.S. *Supreme Court* fazendo referência ao caráter final das decisões das cortes constitucionais: *We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*.<sup>43</sup>

A esta crítica a Teoria Pura do Direito igualmente têm pouco a dizer quando tomada no estágio de desenvolvimento evolutivo deixado por Hans Kelsen antes de seu falecimento em 1973. Isto porque, como se bem sabe, desde 1934 e até seguramente 1960,<sup>44</sup> toda vez que Kelsen se colocou frente ao tema da interpretação, ele se negou frontalmente ao desenvolvimento de uma teoria da interpretação do texto normativo como instrumento de descoberta da interpretação mais correta ou, por assim dizer, mais adequada ao texto da norma condicionante.

Novamente aqui, trata-se, porém, mais de um problema de lacuna (*rectius*: de estágio incompleto de desenvolvimento) na Teoria Pura do Direito, do que de uma total inadequação do pensamento de Kelsen para lidar com as questões constitucionais mais modernas.<sup>45</sup>

#### 4 Conclusão

O conceito de "legislador negativo" desenvolvido por Kelsen se apresenta, em teoria tanto quanto na prática, como um dos mais importantes conceitos jurídicos em sede de do Direito Constitucional moderno. O exame da *genesis* e fundamento do *negativer Gesetzgeber* demonstra - e aqui o real escopo do presente artigo - que ele tem nome e sobrenome histórico e metodológico.

Com efeito, do ponto de vista historiográfico, trata-se de conceito nascido no seio de vívida polêmica com Carl Schmitt e Heinrich Triel no início do segundo quarto do século XX, momento em que Hans Kelsen, mais do que qualquer um outro, reluta a aceitar o político no Direito e a apresentar *plädoyer* pela existência e autonomia das Cortes Constitucionais. Metodologicamente, por sua vez, *der negative Gesetzgeber* apresenta sua vinda ao mundo umbilicalmente a partir das teses da pureza, da estrutura escalonada das normas e da teoria da Democracia na obra de Hans Kelsen.

Ao longo do tempo, e talvez, sobretudo, por conta da evolução dos textos constitucionais a partir de discursos propalados por pensadores como Hans Kelsen (e não Carl Schmitt e Triepel), com o conseqüente alargamento das competências das Cortes Constitucionais, o clássico conceito kelseniano para dar sinais de exaurimento, com claros déficits processuais e interpretativos, os quais, como apontado, se deixam entender menos por uma incapacidade da Teoria Pura do Direito e mais por um desenvolvimento incompleto da mesma.

*Navegar* - seja lá para onde - *é preciso*, ninguém nega. No entanto, em relação ao conceito de legislador negativo, ainda que se especule sobre os seus reais poderes na atualidade, basta uma leve olhar para a prática decisória do Supremo Tribunal Federal Brasileiro para que se aperceba ainda a sua força e presença como fundamento de decisão. A promessa de que "ferraduras da sorte" funcionam, ainda que nelas não se acredite, parece aqui, pois, mais do que nunca pertinente.

**Abstract:** The following paper describes the historic and scientific background of Hans Kelsen's concept of *negativer Gesetzgeber*. It also scrutinizes punctual weaknesses of the concept from the perspective of the main scientific pillars advocated by the Pure Theory of Law.

#### Referências

##### a) Primárias

As monografias e artigos mais importantes de Hans Kelsen utilizados no presente texto foram:

*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1. Aufl., Tübingen, 1911.

*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, um eine Vorrede vermehrte*, 2. Aufl., Tübingen, 1923.

*Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920.

*Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, unver. Neud. von 1923, Aalen, 1970.

*Allgemeine Staatslehre*, unver. Neud. der 1. Aufl. von 1925, Wien, 1993.

*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Wien, 1929.

*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Wien, 1931.

*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 2. unver. Neud. der 1. Aufl. von 1934, Wien, 1994.

*General Theory of Law and State*, Übersetzt von Anders Wedberg, unver. Neud. von 1945, New Jersey, 1999.

*Reine Rechtslehre und Egologische Theorie*, in: ÖZÖR 5, 1953.

*Was ist die Reine Rechtslehre?*, in: WRS, 1953.

*Reine Rechtslehre*, unver. Neud. der 2. Aufl. 1960 (ohne den Anhang "Das Problem der Gerechtigkeit"), Wien, 2000.

*Recht und Moral*, in: WRS, 1960.

*Allgemeine Theorie der Normen*, unver. Neud. der Aufl. von 1979, Wien, 1990.

*Verteidigung der Demokratie*, Hrsg. Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen, 2006.

**As monografias e artigos mais importantes de Adolf Julius Merkl utilizados no presente texto foram:**

Die Verordnungsgewalt im Kriege, in: AJM-GS, Bd. II/1, S. 3 ff.

Zum Interpretationsproblem, in: *ibid.*, S. 63 ff.

Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *ibid.*, S. 85 ff.

Der Krieg als Rechtshandlung des Staates, in: AJM-GS, Bd. II/2, S. 509 ff.

Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der *lex posterior*, in: *ibid.*, S. 169 ff.

Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, *in: ibid.*, S. 227 ff.

Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, *in: ibid.*, S. 267 ff.

Gesetzrecht und Richterrecht, *in: ibid.*, S. 317 ff.

Rechtskraft. Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Wien, 1923.

Verwaltungsrecht: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1927.

Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz. Zum Streit um Kelsens Rechtslehre, *in: AJM-GS*, Bd. I/1, S. 339 ff.

Justizirrtum und Rechtswahrheit, *in: AJM-GS*, S. 369 ff.

Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, *in: AJM-GS*, S. 385 ff.

Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, *in: AJM-GS*, S. 437 ff.

## **b) Secundárias**

ABBOUD, Georges. Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional, Dissertação de mestrado - PUC-SP, 2009.

ABIGNENTE, Angelo. Delegazione e derogazione normativa: la costruzione di Adolf Merkl, Napoli, 1984.

ABIGNENTE, Angelo. La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl, Napoli, 1990.

BULYGIN, Eugenio. "An Antinomy ins Kelsen's Pure Theory of Law", 2007.

DIAS, Gabriel Nogueira. "Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen", São Paulo, 2010.

DIAS, Gabriel Nogueira. "Rechtspositivismus und Rechtstheorie", Tübingen, 2005.

FRICKE, Carsten. "Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland", 1995.

HEIDEMANN, Carsten. "Die Norm als Tatsache", 1997.

JESTAEDT, Matthias. "Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie", *in: ZöR* 55, 2000.

JESTAEDT, Matthias. "Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre", *in: ZöR* 55, 2000.

KAULBACH, Friedrich. "Immanuel Kants Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Interpretation und Kommentar", 1988.

KRAWIETZ, Werner. "Die Lehre vom Stufenbau des Rechts - eine säkularisierte politische Theologie?", *in: idem/Schelsky*.

KUBES. "Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre", *in: ÖZÖR* 31, 1980.

LIPPOLD, Rainer. *Recht und Ordnung*, Wien, 2005.

LOSANO. "Saggio Introduttivo", *in: Kelsen, DPD2*, 1965.

MANFRED, Friedrich. "*Geschichte* der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin: Duncker and Humblot", 1997.

MANN, Golo. "Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts", Frankfurt, 1992.

MARQUAD, Odo. "Zukunft braucht Herkunft", 2003.

MAYER, Heinz, organizado por Clemens Jabloner. "Wirken um Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur - Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer".

MERKL, Adolf J. "Das doppelte Rechtsantlitz", *in: AJM-GS*, vol. I/1, 1918.

MERKL, Adolf J. "Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens. Reine Rechtslehre und Moralordnung" *in: ÖZÖR* 11, 1961.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. "Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo", *in: Revista Esmafe*, n. 12, mar. 2007, p. 51 e ss.

PAULSON, Stanley L. "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *in: OJLS* 18, 1998.

PAULSON, Stanley L. "Toward a Periodization of the Pure Theory of Law", *in: Gianformaggio (ed.), Hans Kelsen's Legal Theory*, 1990.

SCHMITT, Carl. "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung; *in: Schmitt: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*", 1958.

SCHMITT, Carl. "Der Begriff des Politischen", 1927.

SCHMITT, Carl. "Der Hüter der Verfassung", 1931.

SCHMITT, Carl. "Der Hüter der Verfassung", 1931.

SCHMITT, Carl. "Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus", 1923.

SCHMITT, Carl. "Legalität und Legitimität", 1932.

SCHMITT, Carl. "Politische Theologie", 1970.

SCHMITT, Carl. "Staatsethik und pluralistischer Staat", *in: Positionen und Begriffe im Kampf mit*



Weimar" - Genf - Versailles, 1923-1939.

SCHMITT, Carl. "Verfassungslehre", 1928.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial, *in: Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191 ss.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como problema da Norma Jurídica e da Decisão*, Porto Alegre, 1997.

STERN. "Aussenpolitischer Gestaltungsspielraum und verfassungsrechtliche Kontrolle".

STOLLEIS, Michael. "Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland" - Zweiter und Dritter Band", Munique, 1999.

TRIEPEL, Heinrich *et al.* "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", Berlin, 1929.

TRIEPEL, Heinrich. "Die Staatsverfassung und die politischen Parteien", Berlin, 1928.

TRIEPEL, Heinrich. "Staatsrecht und Politik", Berlin, 1926.

VALDÉS, Ernesto G. "Two Models of Legal Validity: Hans Kelsen and Francisco Suárez, in Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson (eds.) Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes", 1998.

VAN OUYEN, Robert Chr.; MÖLLERS, Martin H. W. "Das Bundesverfassungsgericht im politischen System", 2006.

WALTER, Robert. *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, 1974.

WALTER, Robert. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht, *in: ÖJZ* 20/7 (1965), p. 169 e ss.

WENDENBURG, Helge. "Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik", 1984.

WINKLE, Günther. "Rechtstheorie und Erkenntnislehre", 1990.

---

<sup>1</sup> Como se sabe, Niels Henrik David Bohr, nascido em 1885 na Dinamarca, foi ganhador do prêmio Nobel de Física em 1922, tendo se notabilizado na ciência pela sua grande contribuição ao desenvolvimento da física quântica, fundamentais à fissão do urânio. Posteriormente, Bohr revelou-se um engajado cientista em favor da paz como condição fundamental à liberdade de pesquisa e de pensamento.

<sup>2</sup> Anedota contida no livro de ensaios do filósofo cético alemão Marquard sobre a inevitabilidade das Ciências Humanas. Marquard, *Zukunft braucht Herkunft*, p. 167 (trad. livre).

<sup>3</sup> Seguidamente Kelsen é considerado por outros teóricos do direito como *unquestionably the*

*most stimulating writer on analytical jurisprudence of our day (Hart), "o jurista do século XX" (Weinberger) por excelência e verdadeiro merecedor de um Nobelpreis (Jestaedt). Suas obras principais, predominantemente escritas em alemão, restam atualmente traduzidas em mais de vinte idiomas e em países dos cinco continentes, sendo que alguns de seus ensaios não raramente inspiraram grandes juristas em todo o mundo e são citados por especialistas de outros campos de pesquisas das ciências sociais como o filósofo moral Messner (Das Naturrecht, p. 1289), o filósofo Habermas (Faktizität und Geltung, p. 701), o cientista político Sartori (Teoria da Democracia, p. 604) ou os sociólogos Aron (Paix et Guerre entre les nations, p. 774) e Luhmann (Zweckbegriff und Systemrationalität, p. 252). Neste sentido, sobre a vida de Kelsen e sua contribuição à Ciência Jurídica, dentre outros, v. DIAS. Rechtspositivismus e Rechtstheorie, p. 3 e ss.; HART. Kelsen Visited, in: Paulson/Litschewski (ed.), Normativity and Norms, p. 87; JESTAEDT. Hans Kelsen - im Selbstzeugnis, p. 1; WALTER. Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, p. 56; WEINBERGER. Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, p. 179.*

<sup>4</sup> Cf. ADI nº 595-MC na RTJ n. 138/84; Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello; Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo - Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (g.o.). No mesmo sentido, e de modo apenas exemplificativo, v. (de 1988 até hoje): RE nº 493234 AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 27.11.2007, DJe, n. 165, Divulg 18.12.2007, Public 19.12.2007, DJ, 19 dez. 2007, p. 00047 Ement Vol-02304-04, p. 00739, LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 252-255; AI nº 360461 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJe, 055, Divulg 27.03.2008, Public 28.03.2008, Ement Vol-02312-06, p. 01077; ADI nº 1755, Relator: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 15.10.1998, DJ, 18 maio 2001, p. 00431, Ement Vol-02031-03, p. 00500, RTJ Vol-00177-02, p. 00657; ADI nº 1822, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 26.06.1998, DJ, 10 dez. 1999, p. 00003, Ement Vol-01975-01, p. 00068, RTJ Vol-00172/02, p. 00425; HC nº 76543, Relator: Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 03.03.1998, DJ, 17 abr. 1998, p. 00006, Ement Vol-01906-03, p. 00494; RE nº 196590, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 16.04.1996, DJ, 14 nov. 1996, p. 44492, Ement Vol-01850-11, p. 02101; ADI nº 696, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 20.09.1995, DJ, 20 out. 1995, p. 35254, Ement Vol-01805-01, p. 00050; RE nº 181138, Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06.09.1994, DJ, 12 maio 1995, p. 13019, Ement Vol-01786-07, p. 01496; AI nº 151855 AgR, Relator: Min. Paulo Brossard, Segunda Turma, julgado em 24.05.1994, DJ, 02 dez 1994, p. 33205, Ement Vol-01769-03, p. 00518; ADI nº 1063 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18.05.1994, DJ, 27 abr. 2001, p. 00057, Ement Vol-02028-01, p. 00083, RTJ Vol-0178-1, p. 00022; ADI nº 896 MC, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 03.11.1993, DJ, 16 fev. 1996, p. 02997, Ement Vol-01816-01, p. 00006; ADI nº 779 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08.10.1992, DJ, 11 mar. 1994, p. 04095, Ement Vol-01736-01, p. 00104; ADI nº 267 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.1990, DJ, 19 maio 1995, p. 13990, Ement Vol-01787-01, p. 00182; e RP nº 1451, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 25.05.1988, DJ, 24 jun. 1988, p. 16113, Ement Vol-01507-01, p. 00064, RTJ Vol-00127-03, p. 00789.

<sup>5</sup> Exemplificativamente, v. ADI-MC nº 1063, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 18.05.1994, publicado em 27.04.2001, Tribunal Pleno, *g.n.*

<sup>6</sup> De modo, igualmente, exemplificativo, v. Informativo nº 467, ADI 2240/BA, Voto-vista do

Ministro Gilmar Mendes, *g.n.*

<sup>7</sup> Para uma atualíssima discussão sobre o tema em sede da tradição austro-germânica, v. sobretudo, os agudos escritos de Jestaedt: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*; e *Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre*, in: *ZöR* 55 (2000), S. 133 ff., bem como as importantes reflexões sobre tema trazidas nos anais do Simpósio de comemoração dos 60 anos de Heinz Mayer, organizado por Clemens Jabloner: *Wirken um Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur - Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer*, p. 9 e ss.

<sup>8</sup> V. FRICKE. Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland; STERN. Aussenpolitischer Gestaltungsspielraum und verfassungsrechtliche Kontrolle; STOLLEIS. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Zweiter Band - 1800 - 1914*.

<sup>9</sup> A respeito desse episódio, dentre tantos, mencione-se ao menos quatro ótimos recentes trabalhos, a saber: MANFRED. *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, p. 347 e ss.; STOLLEIS. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Dritter Band - 1914 - 1945*, p. 117 e ss.; VAN OUYEN/MÖLLERS. *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, sobretudo, p. 99 e ss.; Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*. No Brasil, v. sobretudo, SOLON. *Teoria da Soberania como problema da Norma Jurídica e da Decisão*, p. 101 e ss. Neste particular, não se pode perder de vista que justamente nesta época (1924-1929) a Alemanha conhece uma relativa estabilização, precedida, como se sabe, por crises de grande vulto. Após a promulgação da constituição de 1919, o país vivenciou tentativas de contrarrevolução direitista e uma revolução esquerdista; uma profunda instabilidade financeira com inflação astronômica. Para mais detalhes sobre este momento histórico, v. MANN. *Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, p. 669 e ss.

<sup>10</sup> Trad. livre: "Encontro Vienense dos Professores de Direito do Estado".

<sup>11</sup> A expressão, famosa no Direito do Estado, foi em realidade cunhada primeiramente por Juvenal (Decimus Iunius Iuvenalis), *Satyrae VI*, p. 346 e ss.

<sup>12</sup> Acerca do tema na obra de Triepel v., sobretudo, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; "Staatsrecht und Politik"; e ainda "Die Staatsverfassung und die politischen Parteien".

<sup>13</sup> Na obra de Schmitt acerca do tema, v., em especial, o seu clássico "Verfassungslehre"; "Der Begriff des Politischen"; "Der Hüter der Verfassung"; "Legalität und Legitimität"; "Politische Theologie", bem como o também clássico "Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus".

<sup>14</sup> SCHMITT. *Legalität und Legitimität*, p. 85 e ss.

<sup>15</sup> Com efeito, o pensamento de Carl Schmitt se deixa comprimir em três excertos, a saber:

"... die Verfassung selbst und die in ihrem Rahmen sich abspielende staatliche Willensbildung erscheint als Kompromiss der verschiedenen Träger des staatlichen Pluralismus und die nach dem Sachgebiet des Kompromisses... wechselnden Koalitionen dieser sozialen Machtorganisationen verwandeln mit ihren Verhandlungsmethoden den Staat selbst in ein pluralistisches Gebilde. In der theoretischen Literatur (hier: Kelsen, RvO) hat man bereits mit großer verfassungstheoretischer Unbekümmertheit die These proklamiert, dass der parlamentarische Staat überhaupt seinem Wesen nach ein Kompromiss sei. Damit ist... offen gesagt, dass der heutige Staat mitsamt seiner Verfassung das Kompromissobjekt der sozialen Größen ist, die am Kompromiss beteiligt sind" (SCHMITT, Der Hüter der Verfassung, p. 63);

"Nur auf den Satz *pacta sunt servanda* lässt sich keine Einheit des Staates gründen, denn die einzelnen sozialen Gruppen als vertragsschließende Subjekte sind dann als solche die maßgebenden Größen, die sich des Vertrages bedienen und untereinander nur noch durch ein vertragliches Band gebunden sind. Sie stehen als selbstständige politische Größen einander gegenüber, und was es als Einheit gibt, ist nur das Resultat eines... kündbaren Bündnisses" (SCHMITT. Staatsethik und pluralistischer Staat, in: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles 1923-1939, p. 164);

"Solange ein Staat politische Einheit ist und nicht nur ein Kompromiss inner- oder gar außenpolitischer Faktoren, wird die Verfassung Staatsverfassung und nicht nur Gerichtsverfassung sein. Eine hemmungslose Expansion der Justiz würde nicht etwa den Staat in Gerichtsbarkeit, sondern umgekehrt die Gerichte in politische Instanzen verwandeln. Es würde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert. Verfassungsjustiz wäre dann ein Widerspruch in sich" (SCHMITT. Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung; in: SCHMITT: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, p. 98).

<sup>16</sup> Apenas para se ter uma ideia da atmosfera política que se avizinhava para Kelsen, na época da "tomada de poder" pelo nacional-socialismo na Alemanha em 1933, *i.e.* não mais de três anos após a presente discussão, Kelsen foi demitido sem qualquer direito a pensão e benefícios (entrada em vigor em 7 de abril de 1933 da lei nacional-socialista sobre o restabelecimento das carreiras do funcionalismo público: "Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums"), tendo que deixar a Alemanha: sobre esse momento específico ver GOLCZEWSKI. Kölner Universität und der Nationalsozialismus, p. 114-123, e METALL. Hans Kelsen - Leben und Werk, p. 57-63. Neste ano, Schmitt, que até então também era Professor em Colônia e colega de Departamento de Hans Kelsen, tornou-se Professor na Universidade de Berlin e assumiu a "prestigiosa" posição de "Preußischer Staatsrat" (Conselheiro do Estado Prussiano) e Presidente do "Vereinigung nationalsozialistischer Juristen" ("União dos Juristas da Nacional-Socialismo).

<sup>17</sup> Dois escritos de Hans Kelsen se apresentam como fundamentais, a saber: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" (1929); e "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?" (1931).

<sup>18</sup> KELSEN. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, p. 56.

<sup>19</sup> O positivismo jurídico de Hans Kelsen se baseia em quatro teses fundamentais, quais sejam: "Todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo, *secundum non datur*"; "O primado do

*relativismo*"; "Ser e dever-ser como modos de conhecimento"; e, finalmente, "a tese da pureza como garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma". Trata-se de teses que permeiam a obra de Kelsen de 1911 (livre-docência: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) até o fim o seu livro póstumo em 1979 (*Allgemeine Theorie der Normen*) e não se confundem com os elementos de sua Teoria Geral do Direito, os quais, estes sim, são ajustados e alterados durante toda a obra de Hans Kelsen, dando causa a uma necessária periodicização de sua obra. Sobre os pressupostos positivistas de Hans Kelsen, em especial no que tange aos seus contornos e diferença em relação aos instrumentos da sua Teoria Geral do Direito, v. DIAS. *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, p. 103 e ss. (em português, DIAS. *Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito*, p. 131 e ss.). Sobre uma periodicização da obra de Hans Kelsen, v. DIAS. *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, p. 129 e ss. (em português, DIAS. *Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito*, p. 162 e ss.), bem como, talvez com muito mais propriedade, BULYGIN. *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, em: Paulson/Litschewski (ed.), *Normativity and Norms*, p. 297 e ss.; HEIDEMANN. *Die Norm als Tatsache*; KUBES. *Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre*, em: ÖZ öR 31 (1980), p. 158 e ss.; LOSANO. *Saggio Introduttivo*, em: Kelsen, DPD2 (1965), XIII e ss.; Winkle, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*, p. 59 e ss.; e principalmente PAULSON. *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, em: GIANFORMAGGIO (ed.). *Hans Kelsen's Legal Theory*, p. 11 e ss.; PAULSON. *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*, em: OJLS 18 (1998), p. 153 e ss.

<sup>20</sup> As expressões "puro", "pureza" etc. remetem indubitavelmente à filosofia kantiana, que queria "limpar" a metafísica de todos os resíduos empíricos na forma de inclinações, sentimentos, desejos etc. (cf. KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 11 e ss. Como comentário a isso ver Kaulbach, *Immanuel Kants Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Interpretation und Kommentar*, p. 3 e ss., 9, 11 e ss., 25, 43), de modo que sob esse aspecto - como repara Merkl com acuidade - poder-se-ia dizer que a Teoria Pura do Direito seria de fato uma criação de Kelsen. Porém, seu autor não seria outro senão Immanuel Kant (cf. MERKL, *Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens. Reine Rechtslehre und Moralordnung* [1961], em: AJM-GS, vol. I/1, p. 630). Isto não é, porém, totalmente correto, uma vez que neste particular Kelsen recebeu forte influência de importantes autores como Max Weber. Sobre isso v. DIAS, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, p. 123 e ss. (em português, DIAS, *Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito*, p. 155, nota 79).

<sup>21</sup> V. DIAS, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, p. 113 e ss. (em português, DIAS, *Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito*, p. 141).

<sup>22</sup> Por conseguinte, Kelsen diz com total determinação: "The law is not 'pure', only the theory of law can be 'pure'. (...) I have never and nowhere defended the nonsense (...) that the legislative process is 'one not involving references to the realm of existential facts or values', which means that the legislator has to consider facts to which the norms which he creates refer and the values which he wants to constitute by these norms; not that 'the method of law-finding' in which 'the fact-finding process' has no part, is 'pure' (...). For the postulate of purity does not refer to the process of law-creation and law-application but (...) to the theory, that is, to the cognition of law", Kelsen, *Professor Stone and the Pure Theory of Law*, em: SLR 17 (1964/65), p. 1150 nota de rodapé 118, p. 1154 (itálicos no original). O mesmo erro de confundir o direito com o conhecimento do direito é cometido por Schwind (Schwind, *Grundlagen und Grundfragen des*

Rechts, p. 117-121) quando ele caracteriza a teoria de Kelsen com toda veemência e sem razão como "alienação da realidade" e "delírio".

<sup>23</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, em: ÖZÖR 5 (1953), p. 452 (itálicos meus: GND); *idem*, Recht und Moral (1960), em: WRS, p. 798.

<sup>24</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre (1934), p. IX.

<sup>25</sup> No original: "in diesem Sinne (...) eine ausgesprochen anti-ideologische Tendenz. Sie bewährt diese Tendenz darin, daß sie in ihrer Darstellung des positiven Rechts dieses von jeder Vermengung mit einem 'idealen' oder 'richtigen' Recht freihält (...) (und; GND) lehnt es ab, das positive Recht zu bewerten", KELSEN, Reine Rechtslehre (1960), p. 112. Não raramente - e na maioria das vezes de maneira pejorativa! - Kelsen é descrito como um pensador liberal. Sua teoria geral do direito - particularmente sua concepção de unidade entre Estado e ordenamento jurídico - seria mero resultado do seu posicionamento ideológico, que visaria no fundo limitar o Estado a um papel mínimo. Se esse argumento fosse correto, poder-se-ia com razão considerar o discurso de Kelsen a favor da pureza na ciência do direito como uma manifestação claramente contraditória. Reconhecendo a possibilidade de uma interpretação falsa das ideias de Kelsen, Adolf Merkl tenta explicar com mais clareza num ensaio posterior tanto a importância da unidade entre Estado e ordenamento jurídico na Teoria Pura do Direito quanto - ainda que indiretamente - o papel do liberalismo em Kelsen:

*"Kelsen wollte in seinem 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' sein System der 'Reinen Rechtslehre' als Ausdruck des Neoliberalismus verstanden wissen. Um den Sinn dieser Behauptung zu ergründen, muß man die persönliche Anschauung des Verfassers von dem sprachlichen wissenschaftlichen Ausdruck dieser Anschauung unterscheiden. Der liberale Charakter der RRL muß durch den Dienst um liberale Forderungen zu erkennen sein. 'Liberal' ist eine Lehre von Staat oder Recht, die dem Staate nachsagt, daß er bestimmte gesellschaftliche Leistungen nicht erzielen kann oder zu erzielen versuchen soll und daß er seine Aufgabe mit bestimmten Mitteln und Rechtseinrichtungen erzielen soll. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man meinen, daß die Beschränkung des Staates auf das Recht eine typisch liberale Schrankenziehung für den Staat sei (...). Man muß aber, um zu einem endgültigen Urteil zu gelangen, überlegen, in welchem Sinn Kelsen den Staat auf das Recht beschränken will. Dabei stellt sich heraus, daß Kelsen den Staat keineswegs auf einen bestimmten Inhalt, sondern auf eine bestimmte Form des Handelns beschränken will. Wenn die 'Reine Rechtslehre' sagt, der Staat könne nur rechtlich handeln - oder, was auf dasselbe hinausläuft, er sei eine reine Rechtserscheinung -, so soll damit nicht behauptet werden, er solle oder könne nur dem Rechtszweck dienen, er könne oder solle nur als Polizist oder Exekutor auftreten, sondern er könne, was immer er nur unternimmt, nur in der Form, auf dem Wege Rechtens handeln: Das bedeutet keine sachliche, sondern bloß formelle Beschränkung des Staates, eine Beschränkung auf eine bestimmte Handlungsform, die aber der sachlichen Leistungsmöglichkeit überhaupt keine Schranken zieht, also überhaupt nicht das, was man sich bisher unter liberaler Einstellung zum Staate vorgestellt hat. Gerade nach Kelsen ist das Recht taugliche Form für alle erdenklichen Zwecke, für den Kriegszweck nicht weniger als für irgendeinen Friedenszweck, für die Polizei nicht weniger als für die Justiz, für den Kultur- und Machtzweck nicht weniger als für den Zweck der Ordnungsbewahrung. Die Erkenntnis der inhaltlichen Neutralität des Rechtes als taugliches Mittel für jeden denkbaren sozialen Zweck stellt die unpolitische Natur der*

*Reinen Rechtslehre außer Zweifel - welche politische Überzeugung immerhin ihr Schöpfer haben mag. Anders ausgedrückt: Der Rechtstheoretiker Kelsen gibt allen Rechtsinhalten und damit allen politischen Wertlehren Raum, mag auch der Rechtspolitiker Kelsen liberal gesinnt sein", Merkl, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens. Reine Rechtslehre und Moralordnung [1961], em: AJM-GS, vol. I/1, p. 634-635 [itálicos no original]).*

<sup>26</sup> "[V]on den Kausalwissenschaften im allgemeinen und insbesondere auch von den an dem Kausalprinzip orientierten Gesellschaftswissenschaften, wie Sozialpsychologie und Soziologie", Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), em: WRS, p. 615. E isso não porque a ciência do direito no sentido kelseniano precise negar que a ciência causal tenha algo a ver com o direito, mas porque ela procura evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência do direito e confunde os limites que lhe foram postos pela natureza do seu objeto. v. KELSEN, Reine Rechtslehre (1960), p. 1.

<sup>27</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre (1960), p. 112. Nas palavras de Kelsen:

"When this theory is called the 'pure theory of law', it is meant that it is being kept free from all the elements foreign to the specific method of a science whose only purpose is the cognition of law, not its formation. A science has to describe its object as it actually is, not to prescribe how it should be or not be from the point of view of some specific values", KELSEN, General Theory of Law and State (1945), p. XIV.

<sup>28</sup> Sobre a visão somente estática do Direito na obra de Hans Kelsen, v. DIAS, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, p. 155 e ss. (em português, DIAS, Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito, p. 193 e ss.).

<sup>29</sup> Sobre a influência de Merkl na obra de Hans Kelsen, particularmente em relação à inserção de uma visão dinâmica na sua Teoria Geral do Direito, v. DIAS, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, p. 158 e ss. (em português, DIAS, Positivismo Jurídico e Teoria Geral do Direito, p. 196 e ss.).

<sup>30</sup> Sobre a relação entre a hierarquia das normas segundo o direito natural medieval e a teoria da hierarquia das normas do direito ver Krawietz, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts - eine säkularisierte politische Theologie?, em: *idem/Schelsky* (ed.), RT caderno extra 5, p. 255 e ss.; Valdés, Two Models of Legal Validity: Hans Kelsen and Francisco Suárez, em: Paulson/Litschewski (ed.), Normativity and Norms, p. 263 e ss.

<sup>31</sup> MERKL, Das doppelte Rechtsantlitz, em: AJM-GS, vol. I/1, p. 234.

<sup>32</sup> MERKL, Das doppelte Rechtsantlitz, em: AJM-GS, vol. I/1, p. 234.

<sup>33</sup> Posteriormente, ao introduzir definitivamente a teoria da norma fundamental na sua teoria do direito, Kelsen caracterizará a "Constituição" ou como "Constituição no sentido lógico-jurídico" ou como "Constituição no sentido juspositivista". A primeira funciona como norma fundamental e reflete o foco sobre o ordenamento jurídico submetido ao pressuposto da norma fundamental. A segunda, ao contrário, se limita às normas jurídicas positivadas. Sobre as diferentes denominações e sua evolução, v. DIAS, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, p. 205 e ss. (em português, DIAS,

Positivismo jurídico e teoria geral do direito, p. 131 e ss.).

<sup>34</sup> MERKL, Das doppelte Rechtsantlitz (1918), em: AJM-GS, vol. I/1, p. 234.

<sup>35</sup> MERKL expressa isso de forma muito precisa ao afirmar que:

"Blicken wir von der Etage, auf der wir uns mit dem Gesetze befinden, hinab, so eröffnet sich der Blick auf die gemeinsame Basis alles Rechtlichen, auf die Verfassung. Über uns hinaus sehen wir aber die Treppe des Rechtsgebäudes um eine wechselnde Zahl von Etagen hinansteigen. Wir gelangen ins Bereich der Verordnungen, welches sich meist - je nach der Hierarchie der Behörden - mehrstufig gegliedert erweist; und gekrönt wird das Rechtsgebäude durch eine Unzahl von Entscheidungen, Verfügungen, Erkenntnissen und wie sonst diese individuellen Rechtserscheinungen alle heißen mögen"., MERKL, Das doppelte Rechtsantlitz, em: AJM-GS, vol. I/1, p. 228.

<sup>36</sup> MERKL, Das doppelte Rechtsantlitz (1918), em: AJM-GS, vol. I/1, p. 230.

<sup>37</sup> KELSEN, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1920); KELSEN, Demokratie (1927), in: WRS, S. 1745 ff.; KELSEN, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929); KELSEN, Verteidigung der Demokratie (1932); KELSEN, Wissenschaft und Demokratie (1937); e KELSEN, Foundations of Democracy (1955), todos atualmente reunidos in: KELSEN, Verteidigung der Demokratie.

<sup>38</sup> Sobre o tema, v. SARTORI, Demokratietheorie, p. 304 e ss.

<sup>39</sup> Neste particular, no Brasil, além das citações diversas encontradas na decisão mencionada acima de lavra do Exmo. Sr. Ministro do STF, Professor Gilmar Mendes (nota 7), v. ABBOUD, Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e *erga omnes* na jurisdição constitucional, (Dissertação de mestrado - PUC-SP 2009), p. 124 e ss.; Afonso da Silva, Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial, *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191 ss.; Pereira Nobre Júnior, Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, *Revista Esmafe*, n. 12, mar. 2007, p. 51 e ss.

<sup>40</sup> Sobre o tema ver ABIGNENTE, Delegazione e derogazione normativa: la costruzione di Adolf Merkl, p. 51 e ss.; *Behrend*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens, p. 36 e ss.; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, p. 300 e ss.; Lippold, Recht und Ordnung, p. 381 e ss., 418 e ss.; Thienel, Derogation, em: Walter (ed.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, p. 39 e ss.; Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung, p. 53 e ss.; Walter, Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht, em: ÖJZ 20/7 (1965), p. 169 e ss.

<sup>41</sup> Neste particular, note-se que o elemento da derrogação enquanto importante faceta da dinâmica jurídica não foi simplesmente negligenciado pela Teoria Pura do Direito. Uma das mais importantes, ainda que não plenamente desenvolvida, facetas da obra de Merkl prende-se, por exemplo, justamente à chamada teoria do cálculo de erro (*Fehlerkalküllehre*). Esse tema é analisado principalmente por Adolf Julius Merkl na sua "Lehre des Fehlerkalküls" (teoria do cálculo do erro), a qual se dedica justamente a examinar aqueles casos em que uma norma, apesar de



restar em desconformidade com a norma condicionante superior, recebe validação do ordenamento jurídico. Nessa teoria Merkl parte do princípio de que uma resposta a essas perguntas só poderia ser dada após a análise do ordenamento jurídico correspondente, uma vez que não são poucos os ordenamentos jurídicos que preveem no seu repertório normativo uma "disposição sobre o *cálculo do erro*" de acordo com a exata caracterização de Merkl - ou seja, uma:

"positivrechtliche Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen. (...) Eine typische verfassungsrechtliche Formulierung des Fehlerkalküls in bezug auf Gesetze geht dahin, daß die Prüfung gehörig kundgemachter Gesetze bestimmten Organen nicht zustehe. Das ist immerhin ein genügend deutlicher Ausdruck, daß die Verfassung unter Umständen mit der Möglichkeit einer Nichterfüllung der von ihr für Gesetze vorangezeichneten Voraussetzungen rechnet, ohne daß darum Nichtigkeit solcher Scheingesetze eintreten soll", Merkl, Rechtskraft, [1923], p. 293 e ss.).

Ver também (ainda sem a caracterização de "cálculo do erro") Merkl, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (1920), em: AJM-GS, vol. I/1, p. 267 e ss.; MERKL, Justizirrtum und Rechtswahrheit (1925), em: MERKL, p. 375 e ss. Para uma análise específica da "teoria do cálculo do erro" ver ABIGNENTE, La Dottrina del Diritto tra Dinamicità e Purezza, p. 261 e ss.

<sup>42</sup> Cf. conhecida fala de Charles Evans Hughes (*Chief Justice da U.S. Supreme Court*) perante a Chamber of Commerce em Elmira, em 3.5.1907, in: Addresses and papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York [1906-1908], p. 139.

<sup>43</sup> BROWN V. ALLEN, 344 U.S. 443, 540 (1953).

<sup>44</sup> KELSEN, Zur Theorie der Interpretation [1934], em: WRS, p. 1363 e ss.; KELSEN, Reine Rechtslehre [1934], p. 90 e ss.; Kelsen, Reine Rechtslehre [1960], p. 346 e ss.

<sup>45</sup> Sobre o desenvolvimento de uma Teoria da Interpretação de acordo com a *Reine Rechtslehre* e os pressupostos juspositivistas de Hans Kelsen, v. JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, p. 262 e ss.; JESTAEDT, Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre, em: ZöR 55 [2000], p. 133 e ss.

---

### Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

DIAS, Gabriel Nogueira. "Legislador Negativo" na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70669>>. Acesso em: 2 ago. 2014.